

DIE PROBLEMATIK
DER ÄRZTLICHEN SCHWEIGEPLICHT
GEGENÜBER
DER GESETZLICHEN KRAKENVERSICHERUNG

Erich Liebhardt

=

1964



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DIE PROBLEMATIK
DER ÄRZTLICHEN SCHWEIGEPFLICHT
GEGENÜBER
DER GESETZLICHEN KRANKENVERSICHERUNG

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde in der gesamten Medizin
verfaßt und
einer Hohen Medizinischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München



vorgelegt von
Erich Liebhardt
aus Nürnberg

München 1964

Gedruckt mit Genehmigung der Medizinischen Fakultät
der Universität München

Referent:	Professor Dr. W. SPANN
Korreferent:	Professor Dr. W. LAVES
Dekan:	Professor Dr. R. BACHMANN

Tag der mündlichen Prüfung: 20. Februar 1964



INHALTSVERZEICHNIS

EINLEITUNG: Die Bedeutung der Schweigepflicht beim heutigen Stand der gesetzlichen Krankenversicherung.

- I. : Das Rechtsgut des § 300 StGB
 - a : Schutz des Privatgeheimnisses vor Profanierung
 - b : Das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient
 - c : § 300 StGB und allgemeines Persönlichkeitsrecht nach Art. 1 und 2 GG

- II. : Die unbefugte Offenbarung
 - a : Die rechtssystematische Stellung des "unbefugt"
 - b : Besteht gegenüber den Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung überhaupt eine Schweigepflicht nach § 300 StGB?
 - c : Die Rechtfertigungsgründe

- 1. : Die Einwilligung in ihren verschiedenen Formen
 - a : Die Einwilligung im Allgemeinen
 - b : Die stillschweigende Einwilligung
 - c : Die generelle Einwilligung
 - d : Zusammenfassung der verschiedenen Formen in ihrer Bedeutung als Rechtfertigungsgrund in der gesetzlichen Krankenversicherung

- 2. : Die Pflicht zur Offenbarung auf gesetzlicher Grundlage
 - a : Allgemeines zur gesetzlichen Offenbarungspflicht
 - b : Spezielle gesetzliche Grundlagen im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung
 - 1. : § 368 RVO Inhalt und Rechtsgüterabwägung
 - 2. : Der Bundesmantelvertrag für Ärzte vom 1. 10. 1959
 - a : Die Ermächtigung im § 368 g RVO und der öffentlich-rechtliche Vertrag
 - b : Die §§ 2 und 19 BMV (Ä)-Inhalt
 - c : Die Vereinbarkeit mit geltendem Recht
 - d : Die Frage der Güterabwägung

- 3. : Die Grundsätze über die Abwägung widerstreitender Pflichten und Interessen
 - a : Die gewohnheitsrechtliche Geltung des § 13 RÄO und die Güterabwägung bei Wahrung fremder Interessen
 - b : bei Wahrung eigener Interessen

- 4. : Die berufliche Notwendigkeit der Mitteilung an einen selbst Schweigepflichtigen
 - a : Die berufliche Notwendigkeit

- b : Mitteilung von Arzt zu Arzt
- c : § 141 RVO

- III. : Die Frage der Strafbarkeit des Arztes aus § 300 StGB bei unbefugter Offenbarung an den Träger der gesetzlichen Krankenversicherung.
Tatbestandsirrtum - Verbotsirrtum
- IV. : Zusammenfassung
- V. : Fußnotenverzeichnis
- VI. : Literaturverzeichnis

EINLEITUNG

Die ärztliche Schweigepflicht nach § 300 StGB gegenüber privaten Versicherungsträgern wird in der medizinischen und juristischen Literatur eingehendst und bis in feinste Verästelungen behandelt. Dabei herrscht über grundsätzliche Fragen im Allgemeinen Übereinstimmung, wie zum Beispiel, daß die Einwilligung des Versicherten erforderlich ist usw. Über die ärztliche Schweigepflicht gegenüber den Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung gehen dagegen die Meinungen und Ansichten weitgehend auseinander. Dabei fallen allein 50 % der Bevölkerung in den Schutzbereich der Ortskrankenkassen (1) und bei mehr als 21 Millionen Stammversicherter unterliegen mit den Familienangehörigen mehr als 80 v. H. der Bevölkerung in der Bundesrepublik der gesetzlichen Krankenversicherung (2). Der überwiegende Teil der Arzt-Patientenbeziehungen ist demnach von einer Rechtsunsicherheit in Bezug auf die ärztliche Schweigepflicht überschattet. Das Fehlen einer klaren und eindeutigen Regelung wird gerade auch in den neueren Standardwerken der ärztlichen Rechts- und Standeskunde betont (3).

a: Schutz des Privatgeheimnisses vor Profanierung

Das geschützte Rechtsgut des § 300 StGB ist die Geheimsphäre des Einzelnen (4). Dieser Schutz des Privatgeheimnisses (5) gegen eine unbefugte Profanierung (6), ist als Ausfluß des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes der Art. 1 und 2 GG zu betrachten (7). Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung hat diese Verbindung von allgemeinen Persönlichkeitsrecht und § 300 StGB anerkannt (8).

b: Das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient

Demgegenüber steht der weitere rechtspolitische Zweck des § 300 StGB das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient zu schützen. Dieses Vertrauensverhältnis, von dessen Existenz für eine erfolgreiche Gesundheitspflege außerordentlich viel abhängt (9) und das vom Gesetzgeber im Interesse der Volksgesundheit sichergestellt wurde, damit der Kranke sich grundsätzlich einem Arzt anvertrauen könne, ohne befürchten zu müssen, daß ihm daraus Nachteile erwachsen (10), steht zu dem Schutz der Geheimsphäre nicht im Gegensatz, sondern bildet eine Ergänzung.

c: § 300 StGB und allgemeines Persönlichkeitsrecht nach Art. 1 und 2 GG.

Mit dem Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes und damit mit der der Rechtswirksamkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes der Art. 1 und 2 GG dürfte sich jedoch das Gewicht der Rechtsgüter eindeutig auf die Seite des Schutzes der Geheimsphäre des Einzelnen verschoben haben. Dies betont JAGUSCH (11) aus dem Vergleich mit der wesentlich schärferen angedrohten Strafe in § 353 b StGB und dem Antragserfordernis des § 300 Abs. 4 StGB. Es ist weniger ein öffentliches Interesse, sondern ein persönliches Interesse an der Schweigepflicht geschützt. Wäre das öffentliche Interesse im Vordergrund, so wäre es unverständlich, warum der Gesetzgeber die Strafverfolgung einer Verletzung dieser Interessen von dem Antrag einer Privatperson abhängig gemacht hat. Das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient ist heute nicht mehr in Bezug auf ein öffentliches Interesse an der abstrakten Volksgesundheit zu betrachten, sondern "als Garantie dafür, daß all das, was der Patient in seiner Not als kranker Mensch dem Arzt anvertraut oder zugänglich macht, nicht unbefugt geoffenbart wird (12)", auf den konkreten Behandlungsfall bezogen. Auf keinen Fall wird, wie man aus dem Zusammenhang mit dem Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes nach § 53 Abs. 1 Satz 3 StPO geschlossen werden könnte, durch das "privilegium odiosum" des § 300 StGB die ungestörte Ausübung des ärztlichen Berufes geschützt (13).

II. DIE UNBEFUGTE OFFENBARUNG.

Aus dem Wortlaut des § 300 StGB geht bereits hervor, daß eine Offenbarung des Geheimnisses möglich ist und strafrechtlich nur relevant wird, wenn sie unbefugt geschieht.

a: Die rechtssystematische Stellung des "unbefugt".

Es ist an dieser Stelle nicht möglich, eine Klärung der rein juristischen Frage zu versuchen, ob das "unbefugt" des § 300 StGB rechtssystematisch als Tatbestandsmerkmal oder als besonderer Hinweis auf die Prüfung der Rechtswidrigkeit der tatbestandsmäßigen Handlung zu betrachten ist. Die Meinungen in der juristischen Literatur und der Rechtsprechung sind darüber geteilt. Die Frage erscheint jedoch an dieser Stelle auch unerheblich, da sie ja erst in der Irrtumslehre - Tatbestandsirrtum oder Verbotsirrtum - und bei der Prüfung des - kausalen oder finalen - Vorsatzes Bedeutung gewinnt. Wenn daher im Folgenden das Befugtsein als Rechtfertigungsgrund, wie bei MAURACH, WELZEL, SCHWARZ-DREHER und DREHER-MAASSEN, behandelt wird, so kann dies hier zu keinem falschen Ergebnis führen, da auch die Gegner dieser Ansicht, wie JAGUSCH in Leipziger Kommentar (LK), DALCKE-FUHRMANN-SCHÄFER u. a., das Tatbestandsmerkmal "unbefugt" wie einen Rechtfertigungsgrund behandeln, z. B. eine Zweck-Mittel-Relation (14) anerkennen oder eine Pflichtenkollision für möglich halten (15). Auch wenn man "unbefugt" als Tatbestandsmerkmal betrachtet, bleibt die Prüfung, ob eine tatbestandsmäßige Handlung rechtswidrig war. Hier kommen jedoch in jedem Falle die von Rechtsprechung und Lehre allgemein anerkannten Rechtfertigungsgründe zum Zuge, wie z. B. die Einwilligung, Notwehr oder der übergesetzliche Notstand. Ein wirksamer Rechtfertigungsgrund würde jedoch auf jeden Fall, unabhängig von der rechtssystematischen Stellung des "unbefugt", die Rechtswidrigkeit und damit die Strafbarkeit ausschließen.

b: Besteht gegenüber den Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung überhaupt eine Schweigepflicht nach § 300 StGB?

Vor der Erörterung der möglichen Rechtfertigungsgründe bei der Verletzung der Schweigepflicht des § 300 StGB stellt sich die Frage, ob eine solche Schweigepflicht gegenüber den Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung überhaupt besteht. SPOHR (16) meint, daß den Versicherungsträgern gegenüber gar kein Berufsgeheimnis bestehe. Er begründet dies: 1. aus den Kommissionsberichten zur RVO, die nach SPOHR besagen, daß eine Mitteilung an einen Versicherungsträger dann nicht unbefugt ist, wenn sie unmittelbar für die Zwecke des Gesetzes (der RVO) erfolgt, 2. der Arzt genüge "nach gesunden Volksempfinden" auch seiner Schweigepflicht, wenn er von ihr einem Sozialversicherungsträger gegenüber keinen Gebrauch mache, insoweit als der Versicherungsträger der Mitteilung des Arztes zur

Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben bedürfe. Beide Begründungen erscheinen jedoch unhaltbar. Die Meinung der Kommission in den Kommissionsberichten zur RVO (nach SPOHR) hat nirgends in der RVO ihren positiv-rechtlichen Ausdruck gefunden. Ganz im Gegenteil. Die RVO ist in Bezug auf Auskunftspflichten des Arztes gegenüber dem Versicherungsträger der gesetzlichen Krankenversicherung, wie in § 368 Abs. 2 RVO, äußerst zurückhaltend formuliert: sie spricht nur von "Bescheinigungen". Es wäre unverständlich, warum eine dem entgegenstehende Meinung der Kommission nicht im Gesetz ihren positiven Niederschlag gefunden hat, denn als selbstverständlich konnte diese Meinung auch zur Zeit der Entstehung der RVO nicht gehalten werden. Diese Meinung der Kommission wäre demnach höchstens zur Auslegung des Willens des Gesetzgebers, entsprechend der Methode der historischen Gesetzesinterpretation, heranzuziehen. Dies kann jedoch nicht eine Aufhebung der Schweigepflicht des Arztes gemäß § 300 StGB bewirken. Auch die Begründung über das gesunde Volksempfinden, das wegen des berechtigten Zweckes zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben den Arzt zur Auskunft berechtige, ist nicht stichhaltig. Nicht etwa, weil "das gesunde Volksempfinden" heute verpönt ist, sondern weil auch seine heutige Form, etwa in den Formulierungen "überwiegendes öffentliches Interesse" oder "Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkender", den § 300 StGB nicht ausschalten kann. Nach dem rechtsstaatlichen Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, steht auch die Verwaltung nicht außerhalb der geltenden Gesetze und muß sich einerseits bei ihren aktiven Maßnahmen auf eine positiv-gesetzliche Regelung stützen, andererseits die geltenden Gesetze zugunsten des Einzelnen beachten. Es wäre auch unverständlich, wenn es "nach gesundem Volksempfinden" der Verwaltung oder öffentlichen Körperschaften, wie den gesetzlichen Krankenkassen, gegenüber, keine Schweigepflicht des Arztes gäbe, während der Gesetzgeber in § 139 Abs. 1 StGB dem Arzt unter bestimmten Voraussetzungen sogar bei den meisten Verbrechen ein Schweigerecht gegenüber den Organen der Rechtspflege gewährt. So betont auch KOHLHAAS, daß von "einer schrankenlosen Auskunftsmöglichkeit, also Totalaufhebung der Schweigepflicht auch im Sozialversicherungsrecht keine Rede sein könne".

c: Die Rechtfertigungsgründe

Unter den zahlreichen strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Rechtfertigungsgründen kommen bei § 300 StGB sachgemäß nur eine begrenzte Anzahl zu praktischer Bedeutung. Diese finden sich auch in fast sämtlichen juristischen Lehrbüchern und Kommentaren, sowie in der sonstigen juristischen und arztrechtlichen Literatur in großer Übereinstimmung wieder. Die Aufzählung der theoretisch möglichen Gruppen von Rechtfertigungsgründen ist natürlich in Bezug auf Reihenfolge und Ausführlichkeit verschieden.

Folgende 4 Gruppen von Rechtfertigungsgründen erscheinen jedoch immer wieder in der Literatur und könnten für die Schweigepflicht des Arztes gegenüber Sozial-

versicherungsträgern mehr als theoretische Bedeutung haben:

1. Die Einwilligung in ihren verschiedenen Formen,
2. die Pflicht zur Offenbarung auf gesetzlicher Grundlage,
3. die Grundsätze über die Abwägung widerstreitender Pflichten und Interessen,
4. die berufliche Notwendigkeit einer Mitteilung an Personen, die selbst einer Schweigepflicht unterliegen.

Diese Gruppe von Rechtfertigungsgründen sollen im Folgenden eingehend erörtert werden.

1. DIE EINWILLIGUNG IN IHREN VERSCHIEDENEN FORMEN.

a: Die Einwilligung im Allgemeinen.

Daß die Einwilligung des Patienten zur Offenbarung seines Geheimnisses den Arzt von der Schweigepflicht entbindet, erscheint selbstverständlich. Jedoch sind an die Einwilligung rechtlich einige Anforderungen zu stellen, um sie wirksam zu machen, denn eine unwirksame Einwilligung wäre strafrechtlich unbeachtlich (18). Sie muß freiwillig (19), in voller Einsicht (20) in die Tragweite, erteilt sein (21) und der Einwilligende muß über das Rechtsgut verfügen können. All dies wird bei einer speziellen ausdrücklichen Einwilligung eines Patienten zur Auskunfterteilung an einen - privaten oder gesetzlichen - Versicherungsträger im Regelfall angenommen werden können, obwohl ja z.B. der Patient nicht immer alleiniger Geheimnisherr sein muß, sondern auch mehrere Personen können ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse dem Arzt gegenüber haben (22). In diesem Falle wäre ja auch zur wirksamen Verfügung über das geschützte Rechtsgut die wirksame Einwilligung aller erforderlich.

b: Die stillschweigende Einwilligung.

Fraglich wird die Wirksamkeit der Einwilligung jedoch dann, wenn sie vom Geheimnisherrn dem Arzt gegenüber nicht ausdrücklich erklärt wird. SCHULZ (23) meint: "wenn eine Entbindung von der Schweigepflicht für einen Einzelfall gegeben werden soll, muß diese auch immer ausdrücklich abgegeben werden". Diese Meinung mag in der Praxis richtig und empfehlenswert sein, da dadurch vielfach die Beweisführung über eine Einwilligung des Patienten in die Offenbarung eines ihn betreffenden Geheimnisses erleichtert oder ermöglicht werden wird. Auch wird der Arzt sich dadurch vor der Gefahr schützen, eine Handlung des Patienten als konkludente Einwilligung zu betrachten, die vom Patienten nicht als solche gemeint war. Juristisch erscheint jedoch die Forderung von SCHULZ auf eine ausdrückliche Entbindung von der Schweigepflicht nicht begründet (24, 25). Es muß vielmehr zur Einwilligung genügen, daß aus dem Verhalten des Geheimnisherrn eindeutig darauf geschlossen werden kann, daß er mit der Offenbarung des Geheim-

nisses einverstanden ist (24). Die in der juristischen Lehre häufig diskutierte Frage, ob der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung dem Täter bei der Tatbegehung bekannt sein müsse, um für den Täter als Rechtfertigungsgrund strafrechtlich relevant zu werden, wäre sonst sinnlos. Denn wenn nur die ausdrückliche Einwilligung dem Täter gegenüber vor der Tat erklärt "Einwilligung als Rechtfertigungsgrund" wäre, wüßte der Täter entweder von dieser Einwilligung oder der Rechtfertigungsgrund "Einwilligung" wäre überhaupt nicht strafrechtlich zu prüfen. Die Möglichkeit einer konkludenten Einwilligung seitens eines Versicherungsnehmers dem Arzt gegenüber ist demnach durchaus gegeben und dürfte praktisch auch sehr oft vorkommen, ebenso wie der Abschluß eines Behandlungsvertrages zwischen Arzt und Patient durch konkludentes Handeln die Regel ist. WOESNER (26) und SEILER (24) nehmen an, daß in der Regel in der Übergabe eines Krankenscheines an den behandelnden Arzt eine stillschweigende Ermächtigung zur Mitteilung der hierbei dem Arzt bekannt gewordenen Geheimnisse des Kranken an den Sozialversicherungsträger liege, da der Geheimnisherr damit deutlich mache, "daß er ja gerade die Leistung des Sozialversicherungsträgers in Anspruch nehmen wolle" (26). Sowohl WOESNER wie SEILER betonen jedoch, daß diese Annahme einer stillschweigenden Entbindung von der Schweigepflicht dahingehend auszulegen sei, daß nur das Unerläßliche (26) um die Feststellung der Leistungspflicht zu ermöglichen, bzw. das zur Abwicklung der Aufgaben des Sozialversicherungsträgers unbedingt notwendige (24) mitgeteilt werden dürfe. WOESNER sieht ferner diese stillschweigende Einwilligung nur als Ergänzung der von ihm angenommenen gesetzlichen Regelung des Offenbarungsbefugnisses durch die RVO an.

Auch eine stillschweigende Einwilligung kann jedoch nur wirksam sein, wenn sie die für die wirksame ausdrückliche Einwilligung erforderlichen Kriterien der Freiwilligkeit und der vollen Erkenntnis der Tragweite erfüllt. Beide Kriterien erscheinen jedoch bei der Annahme einer stillschweigenden Einwilligung durch z.B. Übergabe des Krankenscheines, nicht erfüllt. Die Freiwilligkeit ist nicht gegeben, da der Versicherungsnehmer nicht auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages, sondern auf Grund zwingender gesetzlicher Vorschriften der RVO zwangsweise Mitglied der gesetzlichen Krankenversicherung geworden ist, deswegen seine Pflichtbeiträge bezahlt hat und im Krankheitsfall den Krankenschein an seinen Arzt übergeben muß (!) um nicht der Leistungen verlustig zu gehen. Es ist auch nicht anzunehmen, daß er die für die wirksame Einwilligung erforderlich - wenigstens in der Parallelwertung der Latensphäre - Erkenntnis der Tragweite hat, wenn er die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung in Anspruch nehmen will, z.B. durch die Übergabe des Krankenscheines an seinen Arzt. Der Patient will von seinem Arzt behandelt werden und bringt den Krankenschein seiner Kasse dem Arzt, um irgendwelchen Honorarforderungen des Arztes gegen ihn vorzubeugen. Ein wie auch immer gearteter Wille zu einer stillschweigenden Einwilligung ist darin zu sehen. Wenn aber nicht einmal diese Willensrichtung vorhanden ist, so kann man nicht von einem eindeutigen Verhalten und schon gar nicht in voller Erkenntnis

der Tragweite sprechen.

c: Die generelle Einwilligung.

Dazu kommt, daß diese stillschweigende Einwilligung zur Offenbarung der Geheimnisse des Versicherungsnehmers gleichzeitig eine generelle Einwilligung, z.B. für das laufende Quartal, bedeuten würde. Der Patient hätte, wenn er z.B. zu Quartalsbeginn einen Krankenschein bei seinem behandelnden Arzt abgibt oder sonstwie die Leistungen des Sozialversicherungsträgers in Anspruch nimmt, dem Arzt stillschweigend die generelle Einwilligung zur Offenbarung an den Sozialversicherungsträger erteilt. Wie soll der Versicherungsnehmer zu Quartalsbeginn jedoch erkennen, ob er nicht im Laufe des Quartals an einer Krankheit erkrankt, die er nur seinem Arzt anvertrauen will, möglicherweise unter Verzicht auf ihm zustehende Leistungen des Sozialversicherungsträgers. Wenn SPANN (27) eine generelle Entbindung von der Schweigepflicht für formell strafrechtlich relevant hält, so bezieht sich dies auf die Fälle, in denen diese generelle Entbindung, z.B. bei Antragstellung des Versicherungsvertrages ausdrücklich erklärt wurde. Sowohl SPANN (27), wie auch SCHULZ (23) betonen jedoch, daß selbst hier im Interesse des Patienten äußerste Vorsicht geraten erscheint. Eine stillschweigende generelle Einwilligung kann jedoch in der Regel nicht in voller Erkenntnis der Tragweite abgegeben werden.

d: Zusammenfassung der verschiedenen Formen in ihrer Bedeutung als Rechtfertigungsgrund in der gesetzlichen Krankenversicherung.

Eine wirksame stillschweigende spezielle Einwilligung ist demnach nur anzunehmen, wenn diese eindeutig aus dem Handeln des Patienten zu erkennen ist und der Arzt sicher annehmen kann, daß der Patient freiwillig in voller Erkenntnis der Tragweite handelt. Dies gilt auch gegenüber der stillschweigenden Einwilligung zur Offenbarung an den Sozialversicherungsträger. Für die generelle Einwilligung ist dagegen sogar eine ausdrückliche Erklärung des Einwilligenden angesichts der mit ihr verbundenen Problematik in Bezug auf die Erkenntnis der Tragweite zu fordern, um sie strafrechtlich zur wirksamen Einwilligung zu machen. In der bloßen Inanspruchnahme des Sozialversicherungsträgers durch den Versicherungsnehmer, wie z.B. durch die Übergabe des Krankenscheines an den Arzt ist demnach keine wirksame Einwilligung zur Offenbarung zu sehen.

2. DIE PFLICHT ZUR OFFENBARUNG AUF GESETZLICHER GRUNDLAGE.

a: Allgemeines zur gesetzlichen Offenbarungspflicht.

Während die wirksame Einwilligung den Arzt von der Schweigepflicht befreit, ihm aber ein Schweigerecht läßt, kann der Arzt aufgrund positiv-gesetzlicher Anordnung zur Anzeige oder Auskunft verpflichtet sein (28). In sämtlichen

strafrechtlichen Lehrbüchern und Kommentaren findet sich dementsprechend eine mehr oder weniger ausführliche Aufzählung dieser positiv-gesetzlichen Anzeige und Auskunftspflichten. Diese Einschränkung des geschützten Rechtsgutes des § 300 StGB, als Ausfluß des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes des GG findet auch im Sozialstaatsprinzip des GG ihre Berechtigung und ist unbestritten. In dem durch das Grundgesetz überdeterminierten geregelten und geordneten Zusammenleben der Menschen ist dem Schutz des Privatgeheimnisses kein absoluter Wert mehr zu-zuerkennen (29). Daß diese Relativierung jedoch auch ihre Grenzen hat, zeigt bereits § 139 Abs. 3 StGB, wo der Gesetzgeber im Interesse des Vertrauensschutzes des Arzt-Patientenverhältnisses sein eigenes sozialstaatliches Rechtspflegeinteresse, wie in § 138 StGB, zurückgestellt hat und bewußt eine Erschwerung und möglicher-weise Vereitelung der Strafverfolgung selbst bei Verbrechen, mit Ausnahme von Mord und Totschlag, in Kauf nimmt. Verfolgt man die Liste der gesetzlichen Ge-bote, die den Arzt entgegen seiner Schweigepflicht nach § 300 StGB zur Anzeige-verpflichten, so findet man, daß diese ausnahmslos im Sinne des Sozialstaatsprin-zips des Grundgesetzes zum Schutz der Öffentlichkeit, als höherwertigen Rechts-gut, das Rechtsgut des § 300 einschränken. Es dürfte außer Zweifel stehen, daß die Öffentlichkeit, wie in den §§ 138, 139 Abs. 3 StGB vor Mord und Totschlag (30), in den §§ 11 Abs. 2, 12, 13, 27 Geschlechtskrankheitengesetz vor der Aus-breitung von Geschlechtskrankheiten (30, 31, 32, 34), in den §§ 3 ff, 69 Bundes-seuchengesetz vor übertragbaren Krankheiten (31), mit Recht auf Kosten Einzelner geschützt werden soll. Auch die Gesundheit der Jugend (wie in § 26 Jugendwohl-fahrtgesetz (32)) und der Schutz der Öffentlichkeit vor Sprengstoffanschlägen (§ 13 Sprengstoffgesetz (30, 32, 33)) sind als höherwertiges Rechtsgut zu betrach-ten.

b: Spezielle gesetzliche Grundlagen im Recht der gesetzlichen Krankenver-sicherung.

In der arztrechtlichen Literatur, besonders der jüngeren Zeit werden nun auch die §§ 368 ff RVO mit oder ohne ihre Verbindung mit dem Bundesmantelvertrag für Ärzte (BMV (Ä)) vom 1. 10. 1959, der die frühere Vertragsordnung (VO) ersetzt hat, als gesetzliche Grundlage einer Offenbarungspflicht der Kassenärzte an die Sozial-versicherungsträger gesehen. Auch in den Großkommentaren zum Kassenarztrecht (35) und der Krankenversicherung (36) wird diese Ansicht wie selbstverständlich vorausgesetzt. Dagegen fällt auf, daß in den Standardwerken der rein strafrechtli-chen Literatur (DALCKE-PUHRMANN-SCHÄFER, DREHER-MAASSEN, KOHLRAUSCH-LANGE, LEH/ZIGER KOMMENTAR, MAURACH, SCHWARZ-DREHER, WELZEL) we-der die §§ 368 ff RVO allein noch in Verbindung mit dem Bundesmantelvertrag für Ärzte als gesetzliche Grundlage einer Offenbarungspflicht erwähnt werden. Es wird zwar in allen diesen Lehrbüchern und Kommentaren betont, daß die in ihnen auf-geführte Liste der gesetzlichen Offenbarungspflichten nur "namentlich" sei, doch erscheint es verwunderlich, daß z.B. regelmäßig das in der Praxis unbedeutende

Sprengstoffgesetz, nicht aber die in der Praxis - an der Zahl der Fälle gemessen - bedeutende Regelung der RVO erwähnt wird. Aus dieser Nichterwähnung eine Ablehnung der §§ 368 ff RVO mit dem BMV (Ä) als gesetzlicher Grundlage einer Offenbarungspflicht zu begründen, wäre jedoch abwegig.

1. § 368 RVO. INHALT UND RECHTSGÜTERABWÄGUNG.

Im II. Buch der Reichsversicherungsordnung in der Fassung vom 20.8.1955 4. Abschnitt ist das Verhältnis der Kassen zu Ärzten, Zahnärzten, Krankenhäusern, Apotheken und Hebammen geregelt. Dabei regelt § 368 Abs. 2 RVO den Umfang der kassenärztlichen Versorgung:

§ 368 RVO: "(2) Die kassenärztliche Versorgung umfaßt die ärztliche Behandlung. Zu ihr gehören auch die Anordnung der Hilfeleistung anderer Personen, die Verordnung von Arznei und Heilmitteln und von Krankenhauspflege sowie die Ausstellung von Bescheinigungen, die die Krankenkassen zur Durchführung ihrer gesetzlichen Aufgaben benötigen".

Der § 368 Abs. 2 RVO spricht nur von Bescheinigungen, die die Kasse zur Durchführung ihrer gesetzlichen Aufgaben benötigt (37) und im Gegensatz zu § 1543 d RVO nicht von einer Auskunftspflicht des behandelnden Arztes über Zustand und Behandlung (38). In "Der Neue Brockhaus" (39) findet sich unter "bescheinigen": "ich bescheinige es, ich bestätige schriftlich. Bescheinigung, Ausweispapier, Bestätigung". Rein begrifflich ist es nicht möglich durch eine Bestätigung ein Geheimnis zu offenbaren, denn der Geheimnisbegriff beinhaltet juristisch eine relative Unbekanntheit (40) und man kann nur das Bekannte, sei es schriftlich oder mündlich, bestätigen. In der Bescheinigung wird die zu bescheinigende Tatsache als bekannt vorausgesetzt. Über Tatsachen, die unbekannt sind, kann man keine Bescheinigung, d.h. Bestätigung, erhalten. Schon aus diesem Grunde kann man § 368 Abs. 2 RVO nicht als Grundlage einer gesetzlichen Offenbarungspflicht des Kassenarztes gegenüber den Trägern der Krankenversicherung betrachten. Vergleicht man zudem die in den übrigen gesetzlichen Offenbarungspflichten beinhalteten Rechtsgüter mit dem Rechtsgut des § 368 RVO, so sieht man, daß § 368 Abs. 2 RVO deutlich herausfällt. Nach SCHMIDT (41) ergibt sich "aus Sinn und Zweck der gesetzlichen Krankenversicherung als Richtlinie, daß der Arzt mit seinen Auskünften (!) dem Versicherungsträger zu ermöglichen habe, Grund und Höhe der eigenen Leistungspflicht zu bestimmen, sowie die eigene Leistungspflicht gegen die anderer Versicherungsträger abzugrenzen". Dieser Schutz vor einer Schädigung der Versichertengemeinschaft (42) ist Schutz finanzieller Interessen. Das Rechtsgut des Schutzes finanzieller Interessen kann man jedoch nicht als auf einer Ebene mit den Rechtsgütern der sonstigen gesetzlichen Offenbarungspflichten betrachten. Handelt es sich hier um finanzielle Interessen, so werden dort Leben, Gesundheit und Rechtspflege geschützt. Es kann z.B. nicht angenommen werden, daß der Ge-

setzgeber dem Träger der gesetzlichen Krankenversicherung mehr Rechte haben wollen als den Strafgerichten bei der Aufklärung von Verbrechen (10, 42). Zur Frage des höherwertigen Rechtsgutes betont KOHLHAAS (43) in diesem Zusammenhang, daß "berechtigte Zwecke (hier Schutz des Fiskus vor einer Rentenüber-
vorteilung) als solche nicht ausreichen. Es müsse "Höherwertiges" auf dem Spiele stehen". Selbst wenn man also den Begriff "Bescheinigung" des § 368 Abs. 2 RVO unzulässiger Weise so weit fassen würde, daß die Auskunft darunter fiel, würde § 368 RVO eine über sein formelles Dasein hinausgehende Wirksamkeit nur dann entwickeln, wenn er dem - auch für den Gesetzgeber als Richtschnur verbindlichen Grundsatz des Überwiegens des bei Nichtoffenbarung bedrohten Rechtsgutes gerecht würde (44, 45). Dies wird zwar bei DALCKE-FUHRMANN-SCHÄFER (46) bestritten, da dort, bei Erfüllung einer Rechtspflicht eine Güterabwägung für nicht in Betracht kommend erklärt wird. Diese im Gegensatz zu JAGUSCH, MAURACH und SCHWARZ-DREHER (47, 44, 48) stehende Meinung ist nicht begründet, da die Gesetze in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz sein müssen; sie müssen verfassungskonform sein. PREISER (49) betont, daß die Güterabwägung heute, im Gegensatz zu dem vor 1945 herrschenden Kollektivgedanken der das Schutzobjekt des privaten Geheimnisses gewiß gänzlich verdrängt hätte, wenn 1945 nicht Einhalt geboten hätte, nach dem Grundgesetz zu erfolgen hat. Bei einer Entgegensetzung von öffentlichen und privaten Interessen kommt dem öffentlichen Interesse nicht ohne weiteres der Vorrang zu. Dies gilt für § 368 RVO umso mehr, da hier das öffentliche Interesse lediglich ein finanzielles Interesse der Versichertengemeinschaft ist. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Grundgesetzes ist als absolut höherwertig zu betrachten.

2. DER BUNDESMANTELVERTRAG FÜR ÄRZTE VOM 1. 10. 1959.

a: Die Ermächtigung in § 368 g RVO und der öffentlich-rechtliche Vertrag.

In § 368 g RVO ist sowohl die Legaldefinition des Bundesmantelvertrages (§ 368 g Abs. 2 Satz 2 RVO), als auch die gesetzliche Ermächtigung zum Abschluß des Bundesmantelvertrages (§ 368 g Abs. 2 Satz 1 RVO) enthalten. Da sich die kassenärztlichen Bundesvereinigungen mit den Bundesverbänden der Krankenkassen, als zwei öffentlich-rechtlichen Körperschaften, hier auf der Basis der Gleichordnung treffen, sind auch die natürlichen Gegebenheiten zum Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gegeben (50). Daß diese öffentlich-rechtlichen Verträge grundsätzlich zulässig sind, ist heute, wie selbst von O. MAYER für gleichgeordnete Körperschaften anerkannt, herrschende Meinung in der Verwaltungsrechtsliteratur (51). An der formellen Gültigkeit des Bundesmantelvertrages kann demnach kein Zweifel bestehen.

b: Die §§ 2 und 19 des Bundesmantelvertrages für Ärzte.

Als gesetzliche Grundlage der Offenbarungspflicht des Kassenarztes gegenüber den Sozialversicherungsträgern werden die §§ 2 und 19 BMV (Ä), die die §§ 21 und 22 der Vertragsordnung (VO) ersetzt haben, angeführt (52, 53).

Der § 2 BMV (Ä) lautet:

"§ 2 (1) Die kassenärztliche Versorgung umfaßt die in Absatz 2 bezeichnete Behandlung. Zur kassenärztlichen Versorgung gehören auch die Anordnung der Hilfeleistung anderer Personen, die Verordnung von Arznei, Heil- und Hilfsmitteln und von Krankenhauspflege sowie die Erteilung der Auskünfte und Bescheinigungen, die die Krankenkassen zur Durchführung ihrer Aufgaben benötigen.

(2)

Der § 19 BMV (Ä) lautet:

"§ 19 (1) Der Kassenarzt ist verpflichtet, den Krankenkassen ohne besonderes Honorar aber gegen Erstattung der baren Auslagen die Auskünfte und Bescheinigungen zu erteilen, die die Krankenkassen zur Durchführung ihrer Aufgaben benötigen.

(2)

§ 19 BMV (Ä) bringt also nur die Regelung der Honorarfrage für die nach § 2 BMV (Ä) zur kassenärztlichen Versorgung zählenden Auskünfte und Bescheinigungen, die die Kassen zur Durchführung ihrer Aufgaben benötigen. Er bringt für die gesetzlichen Grundlagen einer Offenbarungspflicht keine neuen Gesichtspunkte sondern wiederholt und bestätigt in dieser Frage lediglich das in § 2 BMV (Ä) formulierte. Er ist deshalb hier nicht weiter von Bedeutung.

Bei § 2 BMV (Ä) fällt auf, daß er in Bezug auf die hier zu erörternde Problematik in zwei wesentlichen Punkten von § 368 Abs. 2 RVO abweicht; es ist 1. in § 2 von "Auskünften und Bescheinigungen" die Rede, während ja in § 368 Abs. 2 RVO nur die "Bescheinigung" enthält und zweitens ist von den "gesetzlichen Aufgaben" des § 368 Abs. 2 RVO das "gesetzlich" weggefallen.

Durch die Weglassung des Wortes "gesetzlich" ist eine Ausweitung auf z.B. rein vertragliche Aufgaben erfolgt (54), deren Zulässigkeit fraglich erscheint. In § 368 g RVO, der die gesetzliche Ermächtigung für den Bundesmantelvertrag darstellt, ist ausdrücklich ein Hinweis auf den Rahmen der gesetzlichen Vorschriften enthalten, in denen die kassenärztliche Versorgung zu regeln ist. Kein öffentlich-rechtlicher Vertrag kann eine verpflichtende Wirkung entfalten, wo er gegen geltendes Recht verstößt (55). Von entscheidender Bedeutung für die ärztliche Schweigepflicht ist jedoch die Aufnahme des Wortes "Auskünfte" in § 2 BMV (Ä). Nach

HEINEMANN-KOCH (54) stellt dies keine Erweiterung des Umfangs der kassenärztlichen Versorgung gegenüber § 368 Abs. 2 RVO dar "weil schriftliche Auskünfte als Bescheinigung anzusehen sind und mündliche nach dem Schluß a maiore ad minus als geringere Leistung erfaßt sein müssen, wenn die größere, die schriftliche Auskunft einbezogen ist. Bei der Erteilung von Auskünften an die Kasse handelt es sich z.B. um Auskünfte über die Ursachen einer Krankheit ohne Rücksicht darauf, für welche Zwecke die Kasse die Auskunft benötigt". Wäre dieser Schluß a maiore ad minus richtig, so bräuchte man über die Meinung des Präsidenten der saarländischen LVA, in der Sozialversicherung gäbe es grundsätzlich keine Schweigepflicht, nicht erstaunt zu sein, sie wäre - zumindestens in Bezug auf die praktischen Auswirkungen - richtig (56). Bescheinigung ist jedoch "Bestätigung" und keineswegs der Oberbegriff zur Auskunft. Bei "Auskunft" findet sich vielmehr in "Der Neue Brockhaus" (57): "1. erbetene Mitteilung, belehrende Antwort, 2., 3. die A., Auskunftstelle, Auskunftsbüro, Dienststelle bei der man Erkundigungen einziehen kann." Im Gegensatz zur Bestätigung einer bekannten Tatsache bei der Bescheinigung steht hier bei der Auskunft die Belehrung über eine unbekannte Tatsache im Vordergrund. Es handelt sich bei der Aufnahme des Wortes "Auskunft" in den § 2 BMV (Ä) sehr wohl um eine ganz entscheidende Erweiterung des Umfangs der kassenärztlichen Versorgung. Die Kasse will ja nicht vom Arzt eine Bestätigung der ihm vom Versicherten mitgeteilten Diagnose - dagegen wäre selbstverständlich nichts einzuwenden - sondern direkt vom Arzt die Diagnose - unabhängig davon ob der Versicherte mit der Mitteilung der Diagnose einverstanden ist oder ob sie ihm überhaupt schon bekannt ist. In den Erläuterungen zur ersten Vereinbarung über Vordrucke für die kassenärztliche Versorgung (58) ist bei Vordruck I bestimmt: Die Diagnose soll - wenn eben möglich - angegeben werden. Kann jedoch keine Diagnose gestellt werden, so sind stattdessen die Symptome anzugeben. Daß dies eine erhebliche Einschränkung der ärztlichen Schweigepflicht bedeutet, ist unbestritten und wenn man den Bundesmantelvertrag als wirksame Grundlage einer gesetzlichen Offenbarungspflicht betrachtet, da dieser von den Spitzenorganisationen der Kassenärzteschaft geschlossen ist, können Bedenken in Bezug auf die notwendige Beachtung der ärztlichen Schweigepflicht entfallen (59).

c: Die Vereinbarkeit mit geltendem Recht.

Auch die öffentlichen Körperschaften unterliegen jedoch einer Grundrechtsbindung nach dem Grundgesetz, wie die Grundrechte des Grundgesetzes ja selbst in das Privatrecht - z.B. über die Generalklauseln des BGB - Eingang gefunden haben (60). Der Bundesmantelvertrag für Ärzte hat als öffentlich-rechtlicher Vertrag sich in dem vom Grundgesetz gebildeten Rahmen zu bewegen. Er verletzt jedoch das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Art. 1 und 2 GG durch die Aufhebung des Schutzes des Privatgeheimnisses. Er ist nicht verfassungskonform. Weiterhin kann ein öffentlich-rechtlicher Vertrag dort keine verpflichtende Wirkung entfalten,

wo er gegen geltendes Recht (Gesetz, Gewohnheitsrecht) verstößt (55). Es besteht kein Zweifel, daß sowohl das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Art. 1 und 2 GG, wie § 300 StGB geltendes Recht sind. Wenn der Bundesmantelvertrag also gegen dieses Recht verstößt, bzw. die Kassenärzte zu solchen Verstößen verpflichten will, so kann er die Kassenärzte nicht wirksam verpflichten, sich aus diesem Vertrag gegen geltendes Recht zu vergehen. Er kann nicht den Rechtfertigungsgrund für einen solchen Verstoß bilden. So schreibt auch KOHLHAAS (61): "Die Klausel, daß Ärzte den Kassen laut Vertrag Berichte ohne Honorar (§ 19 BMV (Ä) d. Verf.) zu liefern haben, hat mit der Schweigepflicht des Arztes nichts zu tun. Er bleibt im Verhältnis zum Patienten grundsätzlich an die Schweigepflicht gebunden. Könnte also, wenn der Patient den Befund nicht bekanntgeben will, der Kasse gegenüber die Auskunft verweigern, ja er könnte (theoretisch) sogar dort, wo er sich über den Willen des Patienten hinwegsetzt, wegen Bruchs der Schweigepflicht bestraft werden." Wenn der Patient den Befund nicht bekanntgeben will und der Arzt im Verhältnis zum Patienten ohne Rücksicht auf den Bundesmantelvertrag grundsätzlich an die Schweigepflicht gebunden ist, so "könnte" er nicht der Kasse die Auskunft verweigern, sondern er muß die Auskunft verweigern, wenn er sich nicht wegen Bruchs der Schweigepflicht strafbar machen will, da ihm aus den rechtsunwirksamen Auskunftspflichten des Bundesmantelvertrages kein wirksamer Rechtfertigungsgrund zusteht.

d: Die Frage der Güterabwägung.

Da der Bundesmantelvertrag keine rechtlich erhebliche gesetzliche Grundlage einer Offenbarungspflicht bildet, kommt hier eine Güterabwägung, die das gleiche negative Ergebnis wie oben bei § 368 RVO bringen würde, überhaupt nicht in Betracht.

3. DIE GRUNDSÄTZE ÜBER DIE ABWÄGUNG WIDERSTREITENDER PFLICHTEN UND INTERESSEN.

a: Die gewohnheitsrechtliche Geltung des § 13 RÄO und die Güterabwägung bei Wahrung fremder Interessen.

Bei der Abwägung widerstreitender Pflichten und Interessen ist anerkannt, daß der alte § 13 RÄO heute als gewohnheitsrechtliches Regulativ einen echten Rechtfertigungsgrund bilden kann (62, 63). Eine Güterabwägung, an die bei Wahrung der Interessen der Allgemeinheit besonders scharfe Maßstäbe anzulegen sind (64), bringt jedoch kein anderes Ergebnis wie oben für § 368 RVO. Der Schutz des Rechtsgutes des § 300 StGB ist gegenüber dem Schutz der finanziellen Interessen einer Versichertengemeinschaft als höherwertig zu betrachten. Aus dem Gedanken der Wahrung fremder Interessen ist keine Erlaubnis zur Geheimnisoffenbarung abzuleiten.

b: Die Wahrung eigener Interessen.

Die Sachlage ist jedoch anders, wenn es sich um die Wahrung eigener Interessen handelt. So kann die Offenbarung im Zivilprozeß zur Geltendmachung des Honorars berechtigt sein (65). Nach dem Bundesmantelvertrag und kraft gesetzlicher Bestimmungen ist der Versicherte bei Gefahr des Verlustes seiner Ansprüche verpflichtet, den Arzt von der Schweigepflicht gegenüber den Kassen zu entbinden. Tut er dies nicht, so stellt er sich außerhalb der Versichertengemeinschaft und der Träger der Sozialversicherung könnte mangels Erfüllung der Obliegenheiten des Versicherten die Leistung an den Arzt ablehnen (66). Der Arzt würde in diesem Fall den Versicherten als Privatpatienten behandelt haben und bei der Geltendmachung seiner Honorarforderungen könnte das überwiegende eigene Interesse des Arztes es rechtfertigen, daß er sich über den Willen des Patienten hinwegsetzt. Dies würde jedoch erst eine Rechtfertigung der Offenbarung des Geheimnisses bei der tatsächlichen Geltendmachung der Honorarforderung, also ex post, bedeuten, nicht etwa kann der Arzt aus der fehlenden Befreiung von der Schweigepflicht gegenüber den Kassen in Wahrung eigener Interessen, wegen des Besorgnisses die Honorarforderung könne, weder vom Versicherungsträger, noch vom Versicherten als Privatpatienten beglichen werden, einen Rechtfertigungsgrund ex ante herleiten. Erst wenn die entstandene Honorarforderung nicht beglichen wird - von wem auch immer -, kann der Arzt in Wahrung eigener Interessen das Privatgeheimnis seines Patienten offenbaren. Der Kassenarzt kann sich auch nicht auf seine Verpflichtung aus § 2 BMV (Ä) berufen, die ihm eine Auskunftspflicht gegenüber den Sozialversicherungsträgern auferlegt. Die Behauptung eine Nichterfüllung aus diesen Vertragsbestimmungen könne für ihn als Kassenarzt schwerwiegende Auswirkungen haben und möglicherweise bis zu einer Entziehung der Zulassung zu den Kassen führen und deshalb handle er gerechtfertigt in Wahrung eigener Interessen ist unbegründet. Wie oben bei § 2 BMV (Ä) ausgeführt, verstößt dieser gegen geltendes Recht und kann deshalb keine verpflichtende Wirkung haben (55). Dies gilt für den öffentlich-rechtlichen Vertrag ebenso wie für den privatrechtlichen Vertrag. In unserem Recht kann außerdem niemand über ein Rechtsgut wirksam verfügen, das ihm nicht zusteht. Hier hätten die Kassenärzte durch ihre Spitzenorganisationen über das Rechtsgut ihrer Patienten verfügt. Eine Berufung auf eine durch diese rechtsunwirksame Verfügung für sie entstandene Verpflichtung erscheint ausgeschlossen.

4. DIE BERUFLICHE NOTWENDIGKEIT DER MITTEILUNG AN EINEN SELBST SCHWEIGEPPFLICHTIGEN.

a: Die berufliche Notwendigkeit.

Auch die berufliche Notwendigkeit kann ein echter Rechtfertigungsgrund zur Offenbarung des geschützten Geheimnisses sein, so z. B. bei Mitteilungen an den

Konsiliarius, Vertreter, Gehilfen oder aus Krankenhaus (65). Es wäre daran zu denken, daß dies auch für den Kassenarzt in seiner, laut RVO und BMV (Ä), auf Vertrauen beruhenden Zusammenarbeit zutrifft.

b: Mitteilung von Arzt zu Arzt.

Aber auch die Mitteilung an Personen, denen ebenfalls die Pflicht zur Verschwiegenheit obliegt ist strafbar (so eines Rechtsanwalts an einen anderen Rechtsanwalt, a. M. OLSHAUSEN 8; eines Arztes an einen anderen Arzt § 51 Jugendarbeitsschutzgesetz vom 9. 8. 1961 (67)), es sei denn, daß die Mitteilung im Rahmen des Berufes geboten und mit der Billigung des Geheimnisherren zu rechnen ist (67, 68). Es ist nicht der Ärztestand Geheimnisträger, sondern der persönlich in Anspruch genommene Arzt (68). Daß der Arzt dem die Mitteilung gemacht wurde selbst nach § 300 StGB der Schweigepflicht unterliegt, ändert nichts daran, daß der auskunfterteilende Arzt eine Schweigepflicht aus § 300 StGB verletzt hat.

c: § 141 RVO.

Wenn deshalb verschiedentlich behauptet wird (69), der Arzt verletze bei Auskünften an die Träger der Sozialversicherung nicht, da die Angestellten in der Sozialversicherung ihrerseits der Schweigepflicht aus § 141 RVO unterliegen, so kann dies nicht richtig sein. Der Arzt hat seine ihm obliegende Schweigepflicht verletzt; daß auch diejenigen, denen er das Geheimnis widerrechtlich offenbart hat, ihrerseits bei einer widerrechtlichen weiteren Offenbarung sich strafbar machen können, ist rechtlich unerheblich. Dazu kommt, daß es ein entscheidender Unterschied ist, "ob man die Verpflichtung zum Schweigen von einem Arzt im Interesse seines Patienten verlangt, oder ob diese Forderung an einen fünfzehnjährigen Lehrling einer Krankenkasse gestellt wird." (70). Auch sind die Tatbestände des § 300 StGB und des § 141 RVO nicht gleich (71). Nach § 141 Abs. 1 RVO unterstehen nur die dem Schweigepflichtigen bekannt gewordenen "Krankheiten und andere Gebrechen" der Geheimhaltungspflicht und auch die Geheimnisse der Angehörigen des Versicherten sind durch die Schweigepflicht des § 141 RVO nach Abs. 2 nur insoweit geschützt, wie die RVO eine Leistung an sie vorsieht. Dies bedeutet eine so weitgehende Einschränkung der Schweigepflicht gegenüber der Schweigepflicht des Arztes aus § 300 StGB, daß man nicht mehr von der gleichen Schweigepflicht, die lediglich in 2 verschiedenen Gesetzen geregelt ist, reden kann. Hiermit fällt aber auch die gerechtfertigte Mitteilung aus beruflicher Notwendigkeit an einen ebenfalls Schweigepflichtigen aus.

III. DIE FRAGE DER STRAFBARKEIT DES ARZTES AUS § 300 StGB BEI UNBEFUGTER OFFENBARUNG AN DEN TRÄGER DER GESETZLICHEN KRANKENVERSICHERUNG.

Die Zahl der in der Literatur - und auch in der Presse - veröffentlichten Fälle von Prozessen gegen Ärzte nimmt laufend zu. Nicht nur die Fälle, in denen der Arzt nach einer Operation, wegen z.B. Körperverletzung, angeklagt wird, sondern auch z.B. wegen Verletzung des Berufsgeheimnisses. Wenn darunter, soweit ersichtlich, bisher kein Fall ist, in dem ein Kassenarzt wegen Verletzung des Berufsgeheimnisses gegenüber einem Träger der gesetzlichen Krankenversicherung angeklagt wurde, so kann sich dies doch rasch ändern und meines Erachtens ist es lediglich eine Frage der Zeit, bis ein derartiger Prozeß anhängig wird. Der Arzt hatte in diesem Fall in der Regel keinen wirksamen Rechtfertigungsgrund. Wie oben ausgeführt, würden weder die nicht ausdrückliche und die generelle Einwilligung, noch § 368 RVO mit den §§ 2 und 19 BMV (Ä), noch die Abwägung fremder oder eigener Interessen, noch der § 141 RVO einen rechtlich relevanten Rechtfertigungsgrund bilden. Natürlich kann im konkreten Fall eine wirksame Einwilligung - möglicherweise durch konkludentes Handeln - und damit ein Rechtfertigungsgrund gegeben sein. Dies ist jedoch in der Regel nicht anzunehmen und würde als Beweisfrage der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliegen. Dem Arzt bleibt damit nur die Berufung auf die in der Literatur als nicht klar und eindeutig bezeichnete Regelung in Verbindung mit der Behauptung, er habe einen der nicht relevanten Rechtfertigungsgründe als relevant angesehen. Der Arzt hätte sich demnach in einem Irrtum befunden. Wie dieser Irrtum rechtlich zu behandeln ist, wäre dann davon abhängig, welcher Ansicht über das "unbefugt" des § 300 StGB man folgt. Das OLG Köln (72) hat es als Tatbestandsmerkmal qualifiziert. Ein Irrtum darüber wäre demnach Tatbestandsirrtum und damit wäre mit dem Vorsatz die Strafbarkeit ausgeschlossen. Demgegenüber steht die in der Literatur herrschende Meinung, daß es sich bei einem Irrtum über den rechtlichen Bestand eines außerstrafrechtlichen Rechtfertigungsgrundes um einen Verbotsirrtum in Bezug auf das "unbefugt" handelt (73, 74). In diesem Falle wäre der Arzt aus dem Irrtum nur dann straffrei, wenn der Irrtum beachtlich war, d. h. wenn er auch bei "gehöriger Gewissensanspannung" und sorgfältiger Erkundigung unvermeidbar gewesen wäre (75). Dies wäre bei dem ersten Prozeß dieser Art zu bejahen. Es erscheint jedoch fraglich, ob ein Urteil, das einem Arzt bescheinigt objektiv seine Schweigepflicht und damit seine der "ars muta" entsprechende Berufs- und Standespflicht verletzt zu haben, für diesen Kassenarzt eine große Freude wäre. Ob in einem zweiten Prozeß dieser Art wegen Verletzung des Berufsgeheimnisses gegenüber einem Sozialversicherungsträger das Gericht den Verbotsirrtum auch noch für unvermeidbar erkennen würde, erscheint zweifelhaft.

IV. ZUSAMMENFASSUNG.

Da 80 v. H. der Bevölkerung Deutschlands der gesetzlichen Krankenversicherung angehören, ist es erstaunlich, daß keine klare und eindeutige Regelung der Schweigepflicht gegenüber den Kassen besteht. Das Rechtsgut des § 300, das als Ausfluß des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes der Art. 1 und 2 GG den Schutz des Privatgeheimnisses vor Profanierung, sowie den Vertrauensschutz im Arzt-Patientenverhältnis bezweckt, wird durch die unbefugte Offenbarung an einen Versicherungsträger verletzt. Sämtliche in der arztrechtlichen Literatur vertretenen Rechtfertigungsgründe erweisen sich als rechtlich nicht wirksam. Weder die stillschweigende Einwilligung durch Übergabe des Krankenscheins, noch die §§ 368 RVO, 2 und 19 BMV (Ä) und 141 RVO sind, ebenso wie die Wahrung fremder oder eigener Interessen, hier als wirksame Rechtfertigungsgründe zu betrachten. Eine Bestrafung eines Kassenarztes wegen Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht dürfte infolge des Fehlens eines Präzedenzfalles - wegen Tatbestands- oder Verbotsirrtums - zur Zeit nicht möglich sein.

V. FUSSNOTENVERZEICHNIS.

- 1 MAUNZ-SCHRAFT F 2 Bl. 28
- 2 F. MORSEY in "Die Sozialversicherung" Juni 1963
18. Jahrgang S. 180
- 3 SPANN S. 254; Eb. SCHMIDT in PONSOLD S. 29
- 4 LK § 300 Anm. 1; MAURACH BT S. 149
- 5 LK § 300 Anm. 1; SCHWARZ-DREHER § 300, 2.):
DREHER-MAASSEN § 300, 2.)
- 6 MAURACH BT S. 152
- 7 H. KLEINWEFERS und W. WILTS in ÄM Nr. 37 S. 1876
- 8 BGH VI ZS, Vers. R. 57/409 (411)
- 9 Eb. SCHMIDT in ÄM 16/18. 4. 1959/514 (516)
- 10 SCHÄFER in 97. Sitzung der großen Strafrechtskommission,
Niederschriften 9. Band S. 206
- 11 LK § 300 Anm. 1
- 12 SPANN S. 233
- 13 SCHWARZ-DREHER § 300 Anm. 2.); NJW 1962 S. 693
- 14 JAGUSCH in LK § 300 Anm. 5
- 15 DALCKE-FUHRMANN-SCHÄFER § 300 Anm. 2 b; KÜPER in DMW 1963 S. 592
- 16 W. SPOHR in Ärztliche Sachverständigen-Zeitung 1938 Nr. 16 S. 213 ff
(S. 215/216)
- 17 KOHLHAAS in DMW 22/1960 S. 977 ff (977)
- 18 DREHER-MAASSEN § 227 Anm. 2
- 19 BGHSt 4, 113
- 20 BGHSt 4, 88
- 21 GÖPPINGER in NJW 1958 S. 241 ff (241)
- 22 SPANN S. 238
- 23 SCHULZ in MMW 47/1963 S. 2357
- 24 SEILER S. 84

- 25 KOHLRAUSCH-LANGE § 300 III; DREHER-MAASSEN § 226a Anm. 2
- 26 WOESNER in NJW 1957 692 ff (692 c)
- 27 SPANN S. 252, 253
- 28 SPANN S. 238, 243; WOESNER in NJW 1957 S. 692; CREMER S. 39
KÖNIGSFELD S. 10; LIERTZ-PAFFRATH S. 101
- 29 SPANN S. 234; Eb. SCHMIDT in PONSOLD S. 22; - in Der Arzt im Straf-
recht S. 5; - in ÄM 16/1959 S. 516
- 30 SCHÖNKE-SCHRÖDER § 300 III 2a
- 31 SCHWARZ-DREHER § 300 4.) A b
- 32 KOHLHAAS in GA S. 73
- 33 DREHER-MAASSEN § 300 Anm. 5 d
- 34 MAURACH BT S. 159 b
- 35 HEINEMANN-KOCH I 5, IV 49, IV 6 u. 6a
- 36 PETERS Teil II S. 571
- 37 HEINEMANN-KOCH IV 6
- 38 KUHNS I S. 153/154
- 39 Der Neue Brockhaus 1. Band A-D "bescheinigen"
- 40 WELZEL S. 285 II 1 a
- 41 Eb. SCHMIDT in PONSOLD S. 29/30
- 42 so KOHLHAAS in DMW 22/1960 S. 977 für die Unfallversicherungsträger
- 43 KOHLHAAS in DMW 1958 I S. 152
- 44 MAURACH BT S. 159 b
- 45 WOESNER in NJW 1957 S. 692
- 46 DALCKE-FUHRMANN-SCHÄFER § 300 Anm. 2b
- 47 LK § 300 Anm. 5
- 48 SCHWARZ-DREHER § 300 Anm. 4 A b
- 49 PREISER in MMW 1958 S. 1742/1743
- 50 FORSTHOFF S. 251
- 51 BEINHARDT S. 45/48

- 52 HEINEMANN-KOCH BMV (Ä) IV 49; IV 6
- 53 PANIK in DMW 22/1960 E 21 S. 976
- 54 HEINEMANN-KOCH BMV (Ä) IV 6
- 55 BEINHARDT S. 52
- 56 nach SONDERMANN in BAY. Ärzteblatt 1958 S. 52
- 57 Der Neue Brockhaus 1. Band A-D "Auskunft"
- 58 HEINEMANN-KOCH IV 113 j
- 59 so GÖBBELS in Die Med. Welt 1962 S. 2644
- 60 BEINHARDT S. 60
- 61 KOHLHAAS in ÄM 1962 S. 1730
- 62 MAURACH BT S. 160 c
- 63 DALCKE-FUHRMANN-SCHÄFER § 300 Anm. 2b, SCHWARZ-DREHER § 300 Anm. 4 A c, SCHÖNKE-SCHRÖDER § 300 III b
- 64 MAURACH BT S. 160 4 b
- 65 DREHER-MAASSEN § 300 Anm. 5 e; KOHLHAAS in ÄM 1962 S. 1730
- 66 PANIK in DM 22, 1960 E 21 S. 976; KOHLHAAS wie 65
- 67 nach SCHWARZ-DREHER § 300 Anm. 4
- 68 KOHLHAAS in DMW 58 II S. 1509/1510; SPANN S. 248/249
ELBEL in DMW 1957 S. 1783
- 69 MUELLER-WALCHER S. 43; KÖNIGSFELD S. 10; PANIK in DMW 22/1960 E 21
S. 976; LIERTZ-PAFFRATH S. 101
- 70 SPANN S. 243
- 71 PETERS Teil I S. 148; KOCH in ÄM 3/1960 S. 121;
- 72 OLG Köln v. 19. 10. 61 nach KÜPER in DMW 1963/ S. 592
- 73 JAGUSCH in LK § 300 A 7; so auch DALCKE-FUHRMANN-SCHÄFER, anders
bei Irrtum über einen die Offenbarungsbetugnis rechtfertigenden Sachverhalt
- 74 MAURACH BT S. 158; WELZEL S. 285 II 4; DREHER-MAASSEN § 300 Anm 5 g
- 75 KLEINWEFERS-Wilts in ÄM 37/1963 S. 1877

VI. LITERATURVERZEICHNIS

- AICHINGER F. : Reichsversicherungsordnung, 39. Auflage
C. H. Beck-Verlag
- ALBRECHT G. : Die Verletzung der kassenärztlichen Pflichten
- BEINHARDT G. : Der öffentlich-rechtliche Vertrag als Regelungs-
befugnis der öffentlichen Verwaltung im deut-
schen, französischen und spanischen Recht,
Dissertation München 1960
- BROCKHAUS : Der Neue -, Allbuch in 5 Bänden, 3. Auflage
F. A. Brockhaus, Wiesbaden 1959 1. Band
- DREHER-MAASSEN : Strafgesetzbuch, 3. Auflage C. H. Beck
München und Berlin
- ELBEL H. : Die Herausgabe von Krankenpapieren als Problem
der ärztlichen Schweigepflicht in DMW 1957
S. 1781 ff
- FORSTHOFF : Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, 2. Aufl.
- GÖBBELS H. : Die Medizinische Welt 1962 S. 2644
- GÖPPINGER H. : Die Entbindung von der Schweigepflicht und die
Herausgabe oder Beschlagnahme von Kranken-
blättern in NJW 1958 S. 241 ff
- HEINEMANN-KOCH : Kassenarztrecht, 4. Auflage Stand Mai 1963
Engel-Verlag
- JAGUSCH : siehe LK
- KLEINWEFERS-WILTS : Die ärztliche Schweigepflicht gegenüber Aus-
kunftsuchen der Haftpflichtversicherer
in ÄM 37/14.9.1963 S. 1875 ff
- KOCH E. : Mißbrauch der ärztlichen Vertrauenssphäre und
Schweigepflicht in ÄM 3/16.1.1960 S. 121 ff
- KÖNIGSFELD H. : Ärztliches Rechtsbrevier Lehmann-München 1958
- KOHLHAAS M. : in DMW 1958 I S. 152
- : in DMW 1958 II S. 1509 ff; S. 1863
- : in Goldammer's Archiv für Strafrecht 1958
S. 65 ff

- KOHLHAAS M. : in DMW 22/1960 S. 977
- : in ÄM 1962 S. 1730 und in Die Medizinische Welt 1962 II S. 2643
- KOHLRAUSCH-LANGE : StGB, 43. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin
- KÜPER M. : in DMW 1963 S. 592 ff Anmerkung zu OLG Köln v. 19. 10. 1961
- KUHNS : Das gesamte Recht der Heilberufe, 1958 Hasenstein'sche Verlagsbuchhandlung Berlin
- LEIPZIGER KOMMENTAR : Ebermayer-Lobe-Rosenberg-(Jagusch) 8. Auflage 1958, Walter de Gruyter, Berlin
- LIERTZ W. u. PAFFRATH : Handbuch des Arztrechts Düsseldorf 1938
- MAUNZ-SCHRAFT : Das Selbstverwaltungsrecht der Sozialversicherung, Kommentar, 7. Band Stand 1963
- MAURACH : Deutsches Strafrecht. Ein Lehrbuch Besonderer Teil 3. Auflage 1959 Verlag C. F. Müller Karlsruhe
- MORSEY F. : 80 Jahre Deutsche Krankenversicherung in Die Sozialversicherung, Juni 1963, 18. Jahrgang S. 180
- MUELLER B. u. WALCHER K. : Gerichtliche und soziale Medizin 3. Auflage 1944, Lehmann Verlag
- PANIK C. : Schweigepflicht des Kassenarztes gegenüber dem Versicherungsträger? in DMW 22/1960 E 21 S. 976 ff
- PETERS H. : Handbuch der Krankenversicherung Teil 2 16. Aufl. Kohlhammer Kommentare
- PONSOLD A. : Lehrbuch der gerichtlichen Medizin 2. Auflage 1957, Thieme-Verlag, Stuttgart
- PREISER W. : Schweigepflicht und Schweigerecht des Arztes in MMW 1958, S. 1742 ff
- RUSSEK R. : Das ärztliche Berufsgeheimnis, 1954 Hans Huber Verlag Bern und Stuttgart
- SCHÄFER : auf der 97. Sitzung der großen Strafrechtskommission, Niederschriften 9. Band S. 206

- SCHMIDT Eb. : Der Arzt im Strafrecht, 1939,
Verlag Theodor Weicher - Leipzig
- : in Ponsold, Lehrbuch der gerichtlichen und
sozialen Medizin
- : Arztrechtliche Probleme in der deutschen Straf-
rechtsreform in ÄM 16/18. 4. 1959 S. 514 ff
- SCHULTEN H. : Der Arzt, 1960 Thieme-Verlag, Stuttgart
- SCHULZ G. : Der Arzt vor dem Richter, 1961
Schlütersche Buchdruckerei, Hannover
- : Über die Entbindung von der ärztlichen Schweige-
pflicht in MMW 47/1963 S. 2355 ff
- SCHWARZ-DREHER : StGB, 25. Auflage 1963
Beck'sche Verlagsbuchhandlung
- SEILER R. : Der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre 1960
Verlag Hermann Böhlau Nachf. Graz-Köln
- SONDERMANN G. : Das Schweigen des Arztes in Bay. Ärzteblatt
1958 S. 52
- : Zur Frage der Diagnoseerpressung als Teilproblem
der ärztlichen Schweigepflicht in Bay. Ärzteblatt
1959 S. 271
- SPANN W. : Ärztliche Rechts- und Standeskunde, 1962,
Lehmanns-Verlag München
- SPOHR W. : Wann entfällt die Schweigepflicht des Arztes?
in Aertzliche Sachverständigen Zeitung 1938
Nr. 16 S. 213 ff
- SCHÖNKE-SCHRÖDER : StGB-Kommentar 10. Auflage 1961
Beck-Verlag
- WELZEL : Das Deutsche Strafrecht, 7. Auflage 1960,
de Gruyter Berlin
- WOESNER H. : Fragen ärztlicher Geheimhaltungspflicht in
NJW 1957 S. 692 ff
- Entscheidungen des BGH in Strafsachen Band 4.

Mein bester Dank gilt meinem hochverehrten Chef,
Herrn Professor Dr. W. LAVES, Direktor des Institutes
für Gerichtliche Medizin und Versicherungsmedizin für
die Übernahme des Korreferates.

Für die Anregung zu dieser Arbeit, zahlreiche Hinweise
sowie für die Übernahme des Referates bin ich Herrn Pro-
fessor Dr. W. SPANN zu großem persönlichen Dank ver-
pflichtet.

LEBENS LAUF

Am 22. 5. 1932 wurde ich in Nürnberg als Sohn des Medizinaldirektors a. D. Dr. E. Liebhardt geboren.

Nach der üblichen Schulzeit und 5 vorklinischen und 6 klinischen Semestern in München und Erlangen legte ich im Frühjahr 1957 die ärztliche Staatsprüfung an der Universität München ab. Während der Medizinalassistentenzeit, die ich an der Nervenlinik, der II. Medizinischen Klinik und der II. Frauenklinik der Universität München ableistete und auch nach der ärztlichen Bestallung im Dezember 1959 studierte ich an der Universität München Jura.

Im August 1963 bestand ich das 1. juristische Staatsexamen. Seit 1. Juli 1963 war ich als Volontärassistent am Pathologischen Institut der Universität München tätig. Seit 1. Oktober 1963 bin ich als Verwalter einer wissenschaftlichen Assistentenstelle am Institut für Gerichtliche Medizin und Versicherungsmedizin beschäftigt.

